



Ueli Kieser/Kurt Pärli/Ursula Uttinger (Hrsg.)

Datenschutztagung 2018

Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen

Ueli Kieser / Kurt Pärli / Ursula Uttinger (Hrsg.)

Datenschutztagung 2018

Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen

Mit Beiträgen von

Bruno Baeriswyl

Pierre Heusser

Gabriel Kasper

Ueli Kieser

Kurt Pärli

Franziska Sprecher

Ursula Uttinger

Isabelle Wildhaber

Referate der Tagung vom 12. September 2018

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2019 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-112-8

www.dike.ch

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
URSULA UTTINGER	1
Dashcam: Zwischen Persönlichkeitsrecht und Beweismittel	
PIERRE HEUSSER	17
Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand	
Ueli KIESER	43
Fragen der Zusammenarbeit gestützt auf Art. 85f AVIG	
Ueli KIESER	93
Fragen des Datenschutzes bei der Zusammenarbeit gestützt auf Art. 85f AVIG	
FRANZISKA SPRECHER	137
Datenschutz im Gesundheitsbereich: Aktuelle Entwicklungen	
KURT PÄRLI	179
Datenschutz im Arbeitsrecht: Blick auf praktische Fälle	
GABRIEL KASPER/ISABELLE WILDHABER	189
Big Data am Arbeitsplatz	
Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen	
BRUNO BAERISWYL	233
Neuere Urteile im Datenschutzrecht	
Grundprinzipien in der Rechtspraxis	
Verzeichnis der Autoren	245
	VII

Datenschutz im Arbeitsrecht: Blick auf praktische Fälle¹

KURT PÄRLI

Inhaltsübersicht

I.	Ein Blick auf die rechtlichen Grundlagen	179
II.	Zulässige und unzulässige Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten	183
III.	Praktische Fälle: Fokus auf Arbeitnehmergesundheitsdaten	184
	A. Arbeitnehmergesundheitsdaten als besonders schützenswerte Personendaten	184
	B. Datenschutzrechtliche Schranken des Umgangs mit «Blaumachern»	185
IV.	Fazit	188

I. Ein Blick auf die rechtlichen Grundlagen²

Der Datenschutz im Arbeitsverhältnis ist sowohl in der Bundesverfassung als auch im internationalen Menschenrechtsschutz verankert.³ Die Bundesverfassung enthält in Art. 13 Abs. 2 ein ausdrückliches Grundrecht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten. Auf dem Wege der indirekten Drittwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV) entfaltet das Verfassungsrecht auf Datenschutz auch in privaten Verhältnissen und insbesondere im Arbeitsrecht Wirkung.

Art. 8 EMRK gewährt einen Anspruch auf Schutz vor unberechtigten Eingriffen in das «Privatleben» und in die «Korrespondenz». Spätestens seit der berühmten Niemitz-Entscheidung des EGMR steht fest, dass das Privatleben

¹ Bei diesem Text handelt sich um die schriftliche Fassung des Vortrages vom 12. September 2018 in Zürich im Rahmen der Tagung des Instituts für Rechtspraxis IRP der Universität St. Gallen. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

² Die folgenden Textpassagen stammen zum Teil aus: PÄRLI, KURT, Observation im Arbeitsverhältnis, Zürich 2018, Datenschutztagung 2017 (KIESER/UTTINGER/PÄRLI), S. 161–178.

³ PÄRLI, KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, EUZA 2015, S. 48 ff.

und die Korrespondenz auch in der Arbeitswelt geschützt sind.⁴ Zum Schutzbereich gehört insbesondere das Recht der Arbeitnehmenden, am Arbeitsplatz mit Kollegen und Kolleginnen soziale Beziehungen aufzubauen und zu pflegen.⁵ Der EGMR hat Telefongespräche E-Mail und Internetnutzung unter den Begriff «Korrespondenz» subsumiert.⁶ Erfolgt eine Überwachung des E-Mail-Verkehrs, ist überdies das im Fernmeldegesetz verankerte Fernmeldegeheimnis⁷ zu beachten.⁸ Die grosse Kammer des EGMR hat zudem jüngst in der Entscheidung *Bărbulescu* entschieden, dass eine E-Mail-Überwachung eines Mitarbeiters unzulässig war, obwohl der Gebrauch zu privaten Zwecken vom Arbeitgeber untersagt worden war. Die fragliche betriebliche Regelung sah aber nicht ausdrücklich vor, dass die Arbeitgeberin den E-Mail-Verkehr überwachen könnte.⁹

Die Konsequenzen der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK für die Privatsphäre der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz sind beachtlich. Einschränkungen der Privatsphäre sind zulässig, jedoch nur in den Schranken von Art. 8 EMRK, was namentlich auch eine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine staatliche Überwachung erfordert.¹⁰ Zwar sind die EMRK-Rechte grundsätzlich staatsgerichtet. Auf dem Wege staatlicher Schutzpflichten entfalten sie jedoch auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Wirkung; die staatlichen Behörden, namentlich die Gerichte, sind gefordert, die Abwägungsentscheide zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen im Lichte der durch die EMRK allen der staatlichen Hoheitsgewalt unterstehen-

⁴ EGMR vom 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz gegen Deutschland*. Siehe auch EGMR vom 15.03.1998.

⁵ EGMR vom 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz gegen Deutschland*. Siehe auch EGMR vom 15.03.1998, Rz 29.

⁶ EGMR vom 03.07.2007, Appl. No. 62617/00, *Copland gegen Vereinigtes Königreich*; EGMR vom 25.06.1997, Appl. No. 20605/92, *Halford gegen Vereinigtes Königreich*.

⁷ Art. 43 Fernmeldegesetz (FMG).

⁸ BGE 126 I 50, siehe dazu auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Praxiskommentar*, 6. Auflage, Zürich 2012, N 18 zu Art. 328b OR.

⁹ EGMR, 05.09.2017, Appl. No. 61496/08, *Bărbulescu / Rumänien*.

¹⁰ Siehe dazu PÄRLI, KURT, *Fehlende gesetzliche Grundlage zur Überwachung einer verunfallten Arbeitnehmerin durch die gesetzliche Unfallversicherung – EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10 – Vukato-Bojic / Schweiz*, <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2017/newsletter-012017.html#c7733> (zuletzt besucht am 28.06.2017).

den Personen zu gewährleisten. Private Arbeitgeber dürfen Arbeitnehmende im Lichte der jüngeren EGMR-Praxis ebenfalls nur überwachen, wenn die Überwachung der Verfolgung eines legitimen Zwecks dient, die Möglichkeit der Überwachung für die Arbeitnehmenden transparent ist und die Massnahme verhältnismässig ist.

Die grundrechtliche Verankerung des Datenschutzes zeigt sich in Art. 1 des Datenschutzgesetzes (DSG): «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden». Das Grund- und Menschenrecht auf Schutz des Privatlebens und auf Schutz der persönlichen Daten wird für das Arbeitsverhältnis durch Art. 328b OR konkretisiert. Nach dem ersten Satz dieser Bestimmung ist die Bearbeitung zulässig, soweit sie die *Eignung des Arbeitnehmers* für das Arbeitsverhältnis betrifft oder soweit es Daten betrifft, die für die *Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig* sind. Art. 328b Satz 2 OR hält fest, dass «im Übrigen die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz» gelten würden. Konsequenterweise sind die Bearbeitungsgrundsätze des DSG (Verhältnismässigkeit, Transparenz, Zweckbindung usw.) auch bei der Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten einzuhalten.

Die zulässige Datenbearbeitung zur Eignungsabklärung des Arbeitnehmenden betreffen primär die Beschaffung von Informationen über die berufliche und persönliche Qualifikation für eine Stelle im Bewerbungsverfahren und im laufenden Arbeitsverhältnis über die erbrachten Leistungen und das Verhalten etwa als Entscheidungsgrundlagen für Beförderung und gegebenenfalls Entlohnung. Für die Feststellung, ob die Datenbearbeitung noch von der Eignungsabklärung gedeckt ist oder darüber hinaus geht, ist ein objektiver Massstab anzulegen.¹¹ Ratio legis von Art. 328b OR ist eine *Beschränkung* der zulässigen Datenbearbeitung im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, wie er auch in Art. 4 DSG verankert ist.¹² Die zulässige Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses umfasst sämtliche notwendige Beschaffung, weitere Bearbeitung und gegebenenfalls auch Bekanntgabe

¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Zürich, 2012, N 5 zu Art. 328b OR.

¹² Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist grundsätzlich im öffentlichen Recht zu verorten, staatliches Handeln muss verhältnismässig sein (siehe Art. 5 Abs. 2 BV).

von Personendaten der Arbeitnehmenden, soweit dies im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfolgt.¹³

Auch die Überwachung von Arbeitnehmenden ist eine Form der Beschaffung von Personendaten. Ergänzend zu den Bestimmungen des DSG und Art. 328b OR sind hier die allgemeinen Regelungen zum Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit der Arbeitnehmenden zu beachten. Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG verpflichten die Arbeitgeberin zu Massnahmen zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden. Nach Art. 6 Abs. 2 ArG hat die Arbeitgeberin insbesondere «die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden». Die Arbeitnehmer sind gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG für Fragen des Gesundheitsschutzes zur Mitwirkung heranzuziehen und sie (die Arbeitnehmenden) haben den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen. Gestützt auf die Verordnungskompetenz in Art. 6 Abs. 4 ArG wurde die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz zur Gesundheitsvorsorge erlassen (ArGV 3). Vorliegend relevant ist Art. 26 ArGV 3, nach Abs. 1 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden während Abs. 2 verlangt, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, so zu gestalten sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt wird.

Der Vollständigkeit halber ist noch auf den strafrechtlichen Schutz vor unbefugtem Beschaffen von Personendaten hinzuweisen. Zu nennen sind die Bestimmungen Art. 179^{bis} ff. StGB, die strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich enthalten. So wird z.B. nach Art. 179^{novies} StGB wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer unbefugt besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, die nicht frei zugänglich sind, aus einer Datensammlung be-

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 zu Art. 328b OR.

schaft. Weiter zu erwähnen ist das Fernmeldegeheimnis im Fernmeldegesetz (FMG).¹⁴

II. Zulässige und unzulässige Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten¹⁵

Art. 328b und die Bestimmungen des DSG kommen von vorneherein nur zur Anwendung, wenn Personendaten der Arbeitnehmenden bearbeitet werden. Personendaten sind nach Art. 3 lit. a DSG «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen». Weiter ist zu fragen, ob die Bearbeitung der Personendaten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfolgt. Falls nicht, sind zwar die Bestimmungen des DSG sowie allfälliger Spezialgesetze anwendbar, nicht aber Art. 328b OR und Art. 6 ArG in Verbindung mit Art. 26 ARVG 3. Ein solche Konstellation kann vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer für eine Krankenkasse tätig ist und gleichzeitig bei dieser Kasse KVG-versichert ist. Hier sind die Datenbearbeitungen klar zu trennen. Für das Verhältnis Krankenkasse zum Arbeitnehmer gelten Art. 328b und das DSG, für das Verhältnis der Krankenkasse zur versicherten Person sind die DSG sowie die Datenschutzbestimmungen des KVG massgebend.

Handelt es sich um eine Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten, dann ist Art. 328b OR anwendbar und es ist zu prüfen, ob die Datenbearbeitung der Eignungsabklärung oder der Durchführung des Arbeitsverhältnisses dient. Nur wenn das eine und/oder das andere bejaht werden kann, ist die Datenbearbeitung vermutungsweise zulässig, sofern überdies die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG eingehalten sind. In einem nächsten Schritt ist zu fragen, ob es sich um besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. c DSG oder ob die Datenbearbeitung zu einem eigentlichen

¹⁴ Nach Art. 43 FMG darf, wer mit fernmeldedienstlichen Aufgaben betraut ist oder betraut war, Dritten keine Angaben über den Fernmeldeverkehr von Teilnehmerinnen und Teilnehmern machen und niemandem Gelegenheit geben, solche Angaben weiterzugeben. Art. 50 FMG sieht eine Strafandrohung vor für Personen, die mit einer Fernmeldeanlage nichtöffentliche Informationen empfängt, die nicht für sie oder ihn bestimmt sind und sie unbefugt verwendet oder Dritten bekannt gibt.

¹⁵ Siehe dazu das entsprechende Schema des Autors in seinem Beitrag im Fachhandbuch Arbeitsrecht (hrsg. von Portmann et al., Zürich 2019,) S. 685 ff (703).

Persönlichkeitsprofil (Art. 3 lit. d DSG) führt. Falls dem so ist, müssen die erhöhten Anforderungen an die Datenbearbeitung, namentlich hinsichtlich Datenbekanntgabe, Einwilligung und Transparenz, eingehalten werden.

Besondere Vorschriften sind zu beachten, wenn Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden sollen. Zum einen sind die Schranken des Art. 328b OR sowie die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG zu beachten. Darüber hinaus ist zu fragen, ob im Zielland ein mit der Schweiz vergleichbar hohes Datenschutzniveau existiert (Art. 6 DSG). Falls nicht, ist die Datenbekanntgabe nur zulässig, wenn die in Art. 6 Abs. 2 DSG vorgesehenen Vorschriften eingehalten werden.

Auch das in der Praxis weitverbreitete «Outsourcing» der Datenbearbeitung erfordert die Einhaltung spezifischer Vorschriften. So ist zu prüfen, ob gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungsvorschriften die Bekanntgabe der fraglichen Personendaten verbieten (Siehe im Einzelnen Art. 10a DSG).

III. Praktische Fälle: Fokus auf Arbeitnehmergesundheitsdaten

A. Arbeitnehmergesundheitsdaten als besonders schützenswerte Personendaten

Gesundheitsdaten der Arbeitnehmenden sind besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG. Das hat zur Folge, dass eine Einwilligung in die Datenbearbeitung ausdrücklich erfolgen muss (Art. 4 Abs. 5 DSG). Eine Case-Management Unternehmung bearbeitet «naturgemäss» regelmässig besonders schützenswerte Personendaten. Dies hat zur Folge, dass gestützt auf Art. 11a Abs. 3 lit. a DSG die Datensammlung dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDOEB gemeldet werden muss, sofern die Firma nicht einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Sinne von Art. 11a Abs. 5 lit. a DSG bezeichnet hat. Weiter dürfen besonders schützenswerte Personendaten nicht ohne Rechtfertigungsgrund Dritten bekanntgegeben werden (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG).

B. Datenschutzrechtliche Schranken des Umgangs mit «Blaumachern»

In einem Internetportal finden sich Empfehlungen an Arbeitgeber, wie sogenannte «Blaumacher», also Arbeitnehmende, die ohne tatsächlich krank zu sein der Arbeit fernbleiben, identifiziert werden können. So falle auf, wer regelmässig gleich im Anschluss an die Ferien, an Brückentagen (z.B. Freitag nach dem Auffahrtstag) oder in Phasen hoher betrieblicher Arbeitsintensität krankheitsbedingt abwesend sei.¹⁶ Die Arbeitgeber werden aufgefordert, die Absenzen der Mitarbeitenden zu analysieren um potenzielle Blaumacher zu identifizieren.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht sind dazu folgende Bemerkungen angebracht. Analyse der Absenzen von Mitarbeitenden ist Gegenstand der Datenbearbeitung, der unter Art. 328b OR subsumiert werden kann. Zum einen betrifft diese Datenbearbeitung die Eignung der Arbeitnehmenden und zum anderen steht sie auch im Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses. Krankheitsbedingte Abwesenheiten haben Lohnfortzahlungs-pflichten der Arbeitgeberin zur Folge und wirken sich auch auf die Arbeitsorganisation aus. Grundsätzlich ist also die Analyse der Absenzen der Mitarbeitenden zulässig. Einzuhalten sind indes die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz etwa hat zur Folge, dass sehr lange zurückliegende Absenzen nicht in aktuelle Analysen einfließen dürfen. Der Transparenzgrundsatz erfordert, dass die Arbeitnehmenden über die Datenauswertung informiert werden müssen. Der Grundsatz der Datenrichtigkeit schliesslich verlangt, dass die bearbeiteten Arbeitnehmerdaten richtig sind und dass allfällige Fehler korrigiert werden. Zu beachten ist weiter, dass die Arbeitnehmenden gestützt auf Art. 8 DSG ein Einsichtsrecht in die durch die Arbeitgeberin bearbeiteten Personendaten haben. Besondere Vorsicht ist angebracht, wenn die Analyse der Absenzendaten an Dritte ausgelagert werden. Hier sind die Voraussetzungen des Art. 10a DSG zu beachten.

Das oben erwähnte Internetportal schlägt Arbeitgebenden weiter vor, sich in sozialen Netzwerken zu erkundigen, ob krank gemeldete Mitarbeitende allenfalls durch Ferienfotos, etwa auf Instagram gepostet, auf sich aufmerksam

¹⁶ <https://www.wiwo.de/erfolg/beruf/arbeitsrecht-so-fliegen-blaumacher-auf/8381362.html> (zuletzt besucht am 16.01.2019).

machen. Auch dies ein taugliches Instrument, Blaumachern auf die Spur zu kommen.

Datenschutzrechtlich ist dieses Vorgehen heikel. Zwar hat die Arbeitgeberin ein legitimes Interesse daran festzustellen, ob er den Lohn bei behaupteter Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmenden zu Recht ausrichten muss. Eine systematische Suche nach allfälligen Blaumachern im Internet ist indes nicht mit dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu vereinbaren. Anders verhält es sich mit Zufallsfunden, diese dürfen insoweit verwertet werden, als sie Grundlage für ein klärendes Gespräch mit den betroffenen Mitarbeitenden bilden können. Gestützt darauf kann die Arbeitgeberin dann geeignete und zulässige Massnahmen wie das Anordnen einer vertrauensärztlichen Untersuchung zur Klärung des Vorliegens einer tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit anordnen.

Das Internetportal erwähnt weiter, die Möglichkeit, von kranken Mitarbeitenden ein Arztzeugnis und/oder eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen.¹⁷ Diese Beschaffung besonders schützenswerten Arbeitnehmergesundheitsdaten dient der Eignungsabklärung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses und ist soweit durch Art. 328b OR gedeckt. Die Arbeitgeberin darf indes nur erfahren, ob der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist. Einen Anspruch auf Kenntnis der Diagnose, der therapeutischen Massnahmen und Prognosen zum Verlauf der Krankheit hat die Arbeitgeberin nicht. Das geschützte Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeit und persönlicher Daten überwiegt hier gegenüber der «Neugierde» der Arbeitgeberin. Diese darf aber wie erwähnt legitimer Weise erfahren, ob objektiv eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer gesundheitlichen Einschränkung vorliegt. Die Arbeitgeberin darf dabei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen.¹⁸

Die Einschaltung eines Vertrauensarztes bedarf ebenfalls der Einhaltung datenschutzrechtlicher Grundsätze, deren Missachtung kann auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. In BGE 143 IV 209 hielt das Bundesgericht fest,

¹⁷ <https://www.wiwo.de/erfolg/beruf/arbeitsrecht-so-fliegen-blaumacher-auf/8381362.html> (zuletzt besucht am 19.01.2019).

¹⁸ BGE 125 III 70, E. 3.

der im Auftrag des Arbeitgebers handelnde Vertrauensarzt unterstehe dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB und Art. 35 DSGVO. Die Einwilligung in die Datenweitergabe des vom Vertrauensarzt untersuchte Arbeitnehmers umfasse nur die Information an die Arbeitgeberin «Arbeitsfähigkeit vorhanden oder nicht vorhanden». Im konkreten Fall hatte der Vertrauensarzt der Arbeitgeberin einen umfassenden Bericht über den Arbeitnehmer zukommen lassen. Dieser Bericht enthielt Anamnese, Diagnose und zahlreiche höchst persönliche Informationen. Damit hatte der Arzt gegen Art. 321 StGB verstossen.¹⁹ Einwilligung des Arbeitnehmers in die Datenbekenntgabe schützte den Arzt nicht vor der Verurteilung.

Als ultima ratio empfiehlt das genannte Internetportal, einen Privatdetektiv einzusetzen, um ein allfälliges Erschleichen einer Lohnfortzahlung festzustellen.²⁰ Auch hierzu ist vorab festzustellen, dass diese Datenbeschaffung der Eignungsabklärung und der Durchführung des Arbeitsverhältnisses dient und somit grundsätzlich zu den nach Art. 328b OR zulässigen Datenbearbeitungszwecken zu zählen ist. Die Observation durch einen Privatdetektiv stellt regelmässig eine schwere Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zur Zulässigkeit von Observationsmassnahmen durch Versicherungen und Arbeitgeber ist nach hier vertretener Position die Beauftragung eines Privatdetektivs zur Observation eines Arbeitnehmers nur zulässig, wenn eine ausreichende vertragliche Grundlage die notwendige Transparenz schafft.²¹ Auch muss die Überwachung verhältnismässig sein. Das Bundesgericht stellt sich indes auf den Standpunkt, für Private sei keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Überwachung erforderlich.²²

¹⁹ Ein solches Vorgehen widerspricht auch den ärztlichen Standesregeln, siehe dazu den Leitfaden «Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag SAMW/FMH, S. 109» und «Manual der Schweizerischen Gesellschaft für Vertrauens- und Versicherungsärzte», Kapitel 11.

²⁰ <https://www.wiwo.de/erfolg/beruf/arbeitsrecht-so-fliegen-blaumacher-auf/8381362.html> (zuletzt besucht am 19.01.2019).

²¹ Siehe dazu vorne, Fn 9 und 10.

²² Urteil 4A_110/2017 vom 27.7.2017.

IV. Fazit

Die Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten bedarf besonderer Sorgfalt. Art. 328b OR beschränkt vorab die zulässige Bearbeitungszwecke (Eignungsabklärung, Notwendigkeit der Datenbearbeitung für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses). Daneben sind die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG sowie allfällige weitere Geheimnisschutzbestimmungen im Strafrecht aber auch in Spezialgesetzen zu beachten. Besonders heikel ist die Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten, da diese Daten zu den besonders schützenswerten Personendaten des DSG gehören. Es gelten hier erhöhte Bearbeitungsanforderungen.

An der Datenschutztagung 2018 standen die aktuellen Entwicklungen im Datenschutzrecht und insbesondere datenschutzrechtliche Fragen in den Bereichen Arbeit und Versicherung im Zentrum. Der daraus entstandene Tagungsband enthält die folgenden Beiträge:

- **Dashcam: Zwischen Persönlichkeitsrecht und Beweismittel**
Ursula Uttinger
- **Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand**
Pierre Heusser
- **Fragen der Zusammenarbeit gestützt auf Art. 85f AVIG**
Ueli Kieser
- **Fragen des Datenschutzes bei der Zusammenarbeit gestützt auf Art. 85f AVIG**
Ueli Kieser
- **Datenschutz im Gesundheitsbereich: Aktuelle Entwicklungen**
Franziska Sprecher
- **Datenschutz im Arbeitsrecht: Blick auf praktische Fälle**
Kurt Pärli
- **Big Data am Arbeitsplatz**
Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen
Gabriel Kasper/Isabelle Wildhaber
- **Neuere Urteile im Datenschutzrecht**
Grundprinzipien in der Rechtspraxis
Bruno Baeriswyl

ISBN 978-3-03891-112-8



9 783038 911128